المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية بالمغرب
بين التأصيل الفقهي والإحالة القانونية:
دراسة في إشكالية الأمن العقاري والقضائي

الباحثة هجر فنادي

طالبة في سلك الدكتوراه بجامعة ابن زهر

تحت إشراف: الدكتور رضوان غنيمي

أستاذ محاضر مؤهل بالكلية متعددة التخصصات بتارودانت

المغرب

الملخص:

تتناول هذه الدراسة المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية بالمغرب، من خلال تحليل أسسها الفقهية والقانونية، وبيان مدى مساهمتها في توحيد القواعد المطبقة على العقارات المحفظة وغير المحفظة، بما يعزز الأمنين العقاري والقضائي. وتنطلق الدراسة من فرضية مفادها أن هذه المدونة لم تكن مجرد تجميع لنصوص قانونية متفرقة، بل جاءت ثمرة مسار تشريعي يروم تجاوز الازدواجية التي كانت تحكم المادة العقارية بالمغرب، بالاستناد إلى مرجعية متجذرة في الفقه المالكي باعتباره من ثوابت المملكة.

وقد سعت الدراسة، اعتمادًا على المنهج الاستقرائي التحليلي، إلى إبراز التطور التاريخي لتقنين مدونة الحقوق العينية، والكشف عن أصولها الفقهية في المذهب المالكي، مع التوقف عند بعض النماذج التطبيقية التي تُظهر أثر هذا التأصيل في بناء قواعدها وأحكامها. كما تناولت الدراسة المرجعية التكميلية للمدونة، من خلال بيان موقع قانون الالتزامات والعقود، ثم الأقوال الراجحة والمشهورة وما جرى به العمل في الفقه المالكي، باعتبارها مصادر يُرجع إليها عند الفراغ التشريعي.

وخلصت الدراسة إلى أن مدونة الحقوق العينية شكّلت خطوة مهمة نحو توحيد العمل القضائي وإنهاء الازدواجية التشريعية في المجال العقاري، غير أن فعاليتها العملية تظل مرتبطة بحسن تنزيل مقتضياتها، وبوضوح منهجية الإحالة على مصادرها التكميلية، خاصة في ظل ما قد ينشأ عن تعدد المرجعيات من اضطراب في الاجتهاد القضائي. ومن ثم، فإن تحقيق النجاعة التشريعية والقضائية للمدونة يقتضي تعزيز التكوين المتخصص في كل من الفقه المالكي والقانون العقاري، بما يضمن تفسيرًا سليمًا وتطبيقًا منسجمًا لمقتضياتها.

Abstract

This study examines the legislative reference framework of the Moroccan Code of Real Rights by analyzing its juristic and legal foundations and assessing its role in unifying the rules applicable to both registered and unregistered real property, thereby strengthening judicial and land security. The study is based on the premise that this Code was not merely a compilation of scattered legal provisions; rather, it emerged as the outcome of a legislative effort aimed at overcoming the duality that had long governed real property law in Morocco, while relying on a deeply rooted Maliki juristic foundation as one of the Kingdom's legal and religious constants.

Using an inductive and analytical approach, the study traces the historical development of the codification of the Code of Real Rights and highlights its roots in Maliki fiqh. It also examines selected examples showing how this juristic foundation shaped the Code's rules and provisions. In addition, the study explores the complementary reference framework of the Code by clarifying the role of the Law of Obligations and Contracts, followed by the preponderant and well-known opinions, as well as the established practice within Maliki jurisprudence, as subsidiary sources to be consulted in cases of legislative silence.

The study concludes that the Code of Real Rights constitutes an important step toward unifying judicial practice and ending legislative duality in the field of real property law. However, its practical effectiveness remains dependent on the proper implementation of its provisions and on a clear methodology governing recourse to its complementary sources, especially given that the plurality of references may at times generate inconsistency in judicial reasoning. Accordingly, ensuring the legislative and judicial effectiveness of the Code requires strengthening specialized training in both Maliki jurisprudence and real property law so as to guarantee a sound interpretation and a coherent application of its provisions.

مقدمة:

إن حاجة الإنسان إلى العيش في جماعة قائمة منذ أقدم العصور، وذلك للمحافظة على كيانه في مواجهة التهديدات الخارجية، ولإشباع حاجاته المختلفة. غير أن العيش الجماعي، مهما كان حجمه، يقتضي وجود تنظيم وتقنين يضمن حقوق الأفراد ويحقق العيش الكريم. وقد اضطلع الفقه الإسلامي، إلى جانب العادات والأعراف، منذ القدم بتنظيم أحوال الناس ومعاملاتهم.

وقد كان الحال كذلك بالمغرب، حيث خضعت مختلف جوانب الحياة، من عبادات ومعاملات، لقواعد الفقه المالكي، فاحتكم إليه المغاربة وجعلوه سبيلاً لتحقيق العدالة وفصل النزاعات. كما سعى حكام المملكة الشريفة إلى توحيد المذهب، حيث قال الملك الراحل محمد الخامس، في خطاب له بمناسبة اعتلائه عرش المغرب:

"في الإسلام ما يكفي ويشفي، وقد علمنا التاريخ أن أجدادنا المغاربة والمسلمين على العموم إنما سادوا وشادوا بتمسكهم بالقرآن المبين، واعتصامهم بحبل الله المتين، ولا سبيل للخروج من الحالة الحاضرة واهتدائهم إلى أقوم طريق إلا بالرجوع إلى موارد الإسلام الصافية ينهلون منها ويعلون..."[1].

وعليه، اعتُبر المذهب المالكي في المملكة المغربية مرجعًا تشريعيًا وضابطًا للاحتكام، بُنيت على أساسه العديد من القوانين والقواعد القانونية. وقد شهدت المملكة المغربية صدور عدة قوانين خلال العقود الأخيرة، غير أنه لم يكن هناك قانون موحد شامل ينظم الحقوق العينية على العقارات، سواء كانت محفظة أو غير محفظة، إلى حين صدور مدونة الحقوق العينية سنة 2011.

وتُعد مدونة الحقوق العينية، الصادرة بموجب القانون رقم 39.08 سنة 2011، ثورة تشريعية حقيقية في مجال العقار بالمغرب، إذ حلت محل مجموعة من النصوص القانونية المتفرقة، ووحدت القواعد المطبقة على العقارات المحفظة وغير المحفظة، وساهمت في تحقيق الأمنين القضائي والعقاري.

كما تُعد هذه المدونة من أهم التشريعات المنظمة للملكية العقارية والحقوق العينية بالمملكة المغربية، إذ جاءت استجابة لحاجة ملحة لتوحيد القواعد القانونية في ظل تعدد النصوص وازدواجية القضاء قبل صدورها. ولم تأت هذه المدونة من فراغ، بل استندت إلى مرجعية تشريعية متجذرة في الفقه الإسلامي، وبخاصة المذهب المالكي الذي يُعد من ثوابت المملكة المغربية.

وانطلاقًا من ذلك، يطرح التساؤل الآتي:

ما مدى فعالية مدونة الحقوق العينية في تحقيق الأمنين العقاري والقضائي بالنظر إلى مرجعيتها؟ وهل استطاعت توحيد العمل القضائي وتوجيه الاجتهادات القضائية بما يحقق العدالة ويضمن استقرار المعاملات العقارية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية، سيتم تناول المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية من خلال مبحثين أساسيين: يُخصص الأول لدراسة التطور التاريخي لتقنين مدونة الحقوق العينية والتأصيل الفقهي لقواعدها، بينما يُعنى الثاني بمناقشة مصادرها التكميلية، من خلال الإحالة على قانون الالتزامات والعقود، والأقوال الراجحة والمشهورة في الفقه المالكي، مع اعتماد المنهج الاستقرائي التحليلي.

[1] من الخطاب الذي ألقي بالرباط بمناسبة الذكرى الثلاثينية لجلوس جلالة الملك محمد الخامس- طيب الله ثراه- على عرش المغرب،- في يوم الاثنين 24 ربيع الثاني 1377هـ- 18 نوفمبر 1957م، مأخوذ من مقال بعنوان "على سنة السلف الصالح: شذرات ذهبية خالدة" منشور بمجلة دعوة الحق عدد: 106 بموقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، تاريخ الاطلاع: 2024/6/8.

المبحث الأول: المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية أصالة.

إن المرجعية التشريعية في التقنين عمومًا تقوم على أسس فقهية وقانونية تهدف إلى تحقيق التوازن بين القاعدة القانونية وتنزيلها في الواقع العملي بشكل منسجم مع المبادئ العامة. وقد خضعت مدونة الحقوق العينية، حتى قبل صدورها، لعدة دراسات وتعديلات لتتلاءم مع الواقع المغربي. وعليه، سيتم تناول التطور التاريخي لتقنينها (الفقرة الأولى)، ثم تأصيل قواعدها في الفقه المالكي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التطور التاريخي لتقنين مدونة الحقوق العينية:

إن تقنين الحقوق العينية العقارية بالقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 تم بتاريخ 22 نونبر 2011 ليطبق على هذه الحقوق سواء تعلق الأمر بعقارات محفظة أو غير محفظة.

وقد كان العقار الغير المحفظ قبل صدور مدونة الحقوق العينية يخضع لقواعد المذهب المالكي وأقواله بما في ذلك الأقوال الراجحة والمشهورة من المذهب والتي جرى بها العمل، تثبيتا لمبدأ وحدة المذهب المالكي بالمملكة المغربية أما العقارات المحفظة فقد كانت تطبق بشأنه أحكام ومقتضيات ظهير 2 يونيو 1915م الموافق ل 19 رجب 1333هـ، فتعرض المغرب أنذاك لازدواجية القضاء وتعدد النصوص القانونية خصوصا بين العقارات المحفظة والغير محفظة، مما أدى لاضطرابات على مستوى الأحكام والاجتهادات القضائية.

وقد كانت فكرة وضع مدونة الحقوق العينية لأجل توحيد القضاء المطبق على العقارات بالمغرب –خصوصا وأن طبيعة العقارات بالمغرب من حيت النشأة تعرف تعددا (أراضي الكيش، الأراضي السلالية، أراضي الأوقاف..)– نتيجة لتاريخ وأعراف المغاربة عبر الزمن.

ثم إن المتتبع لتطور المذهب المالكي بالمغرب عبر التاريخ يجد أن المذهب المالكي دخل المغرب في عهد الأدارسة وجعلوه مذهبا رسميا للدولة، فنقل عن الملك ادريس[2] أنه دعا إلى اتباع المذهب المالكي بقوله "نحن أحق باتباع مذهب مالك وقراءة كتابه الموطأ"[3]، وأصدر أمره لولاته وقضاته بنشر كتاب الموطأ وقراءته وكان المولى ادريس أنذاك من المتتبعين لمذهب مالك، واشتهر بتقليده له وحفظه للموطأ.

وقد كان المغاربة في عهد الأدارسة من رواد حركة التعريب والتفقه في الدين لعدة عوامل منها؛ إنشاء جامع القرويين، وخروج المغاربة في رحلات علمية إلى المشرق والقيروان والأندلس وعودتهم إلى بلادهم وقد صقلت ألسنتهم وزودوا بأفكار وعلوم جديدة[4].

فقد قيل إن أول مغربي عمل على نشر مذهب مالك بالمغرب أبو ميمونة دراس بن اسماعيل الجراوي في أوائل القرن الرابع، وينسب إليه مسجد بفاس، وقد توفي سنة 357هـ، وعلى كل فإن فقهاء المغرب الأوليين درسوا إما مباشرة على مالك، أو تلقوا علمهم عن فقهاء الأندلس والقيروان[5].

وقد كان فقهاء المذهب المالكي في المغرب –بما أسسوه من قواعد التخريج والاستنباط– أكثر انفتاحا على مشكلات عصورهم، وأشد ارتباطا بأوضاع مجتمعاتهم، وأكثر انشغالا بحياة الناس وقضاياهم في ظروفها المتغيرة والمتجددة، فأجابوا بذلك عن كثير من الأسئلة المطروحة، وأفتوا في العديد من النوازل الوقتية، ووضعوا الحلول المناسبة والأحكام المنسجمة مع واقع الناس وبيئتهم وعوائدهم وأعرافهم، وجمعوا هذه الفتاوى والأجوبة في مصنفات ورسائل و تآليف مفيدة، يرجع إليها المفتون والفقهاء والقضاة والمشتغلون بالنوازل والفتاوى عموما من الباحثين والمهتمين[6].

---

[2] المعروف بالمولى ادريس الأزهر وبادريس صاحب التاج وادريس الفاسي...، وهو مؤسس مدينة فاس، 127 هـ/ 743م – 177 هـ/793م.

[3] الأزهار العاطرة الأنفاس بذكر بعض محاسن قطب المغرب وتاج مدينة فاس، الطبعة الحجرية، مطبعة اوستن Austin سنة 1994، الصفحة: 133.

[4] تاريخ تعريب المغرب الأقصى، لوليد الشاوش، من المكتبة الالكترونية الشاملة الذهبية، الصفحة:9.

[5] مجلة دعوة الحق (1382) (6/ 46)، الطبعة لسنة: 1376 هـ – 1957 م، الناشر: وزارة عموم الأوقاف – الرباط – المغرب.

[6] مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، للقاضي أبي العباس أحمد الشماع الهنتاتي (ت 833 هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الخالق أحمدون، الصفحة:1.

وتدخل مدونة الحقوق العينية في إطار تحقيق هدف تدوين أحكام الفقه الإسلامي في جميع المجالات وهو مقصد نبيل سبق للمرحوم محمد الخامس أن نادى به بمناسبة تعيينه للجنة تدوين الفقه الإسلامي حيث ورد في خطابه بمناسبة تعيين أعضاء هذه اللجنة[7] بتاريخ 19 أكتوبر 1957 ما يلي[8]:

"ولا يخفى أننا أمة عريقة في ميدان الدراسات الفقهية والتشريع نملك من ذلك ثروة تغنينا عن اتخاذ قوانين موضوعة لدول أخرى. غير أن كل ما ينقص هذه الثروة هو إظهارها بالمظهر الحقيقي لها بعيدة عما علق بها من تأويلات عقيمة وعادات فاسدة أصبحت بحكم تداولها مع تقادم العهد من مضافات الشريعة الإسلامية ومعدودة منها. فواجبنا إذا أن نعود إلى تراثنا وثروتنا الفقهية ونعمل على إحيائها وذلك بتأليفها في مواد منسقة مضبوطة على شكل مدونة"[9].

وقد كان عمل هذه اللجنة[10] المحدثة بالظهير الشريف رقم 1.57.195 بمثابة تصحيح وتقويم تشريعي للمنظومة القانونية بالمغرب أنذاك والتي كانت متأثرة بالقوانين الغربية التي خلفها الاستعمار (قانون الالتزامات والعقود–القانون الجنائي...) مخالفا في أغلب أحكامها وقواعدها القانونية الحدود الشرعية والقواعد الفقهية، فصار المغرب ينحى في مسيرته لتجديد التقنين إلى منحى يراعي في ترسانته القانونية مبادئ العلوم الشرعية وتقديس ثوابت المملكة المغربية.

وقد عملت اللجنة المكلفة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي على تجديد القواعد القانونية بما يتناسب مع المذهب المالكي، ومن ذلك قانون الأحوال الشخصية (مدونة الأسرة الآن) بالإضافة إلى الحقوق العينية التي عرفت في بادئ الأمر محاولتين في شكل مشاريع قوانين أحدهما بقي طي الأوراق والثاني هو المطبق الآن على العقارات بالمغرب وهو القانون رقم 38.09.

فقد قامت اللجنة بإعداد مشروع قانون سمي بمدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة مشروع قانون رقم 19-01بتاريخ 12 أبريل 2001، وأحيل هذا المشروع على مختلف الجهات المعنية بقصد الاطلاع عليه وإبداء الرأي بشأنه. وما أثار الانتباه بعد إعداد المشروع الأول هو الاحتفاظ بازدواجية البينة العقارية بين عقار محفظ وعقار غير محفظ. وفي عهد وزير العدل المرحوم محمد بوزوبع سنة 2005 تمت مراجعة المشروع الأول وإعادة النظر في بعض مقتضياته على أساس أن يكون هذا المشروع بمثابة قانون يطبق على العقار المحفظ وغير المحفظ وتوحيد المقتضيات المتعلقة بهما[11].

ثم تأتي محاولة المشرع الثانية على شكل مشروع القانون رقم 38.09 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والمطبقة على كل من العقارات المحفظة وغير المحفظة على حد سواء والذي صدر بعد عدة لقاءات واجتماعات عقدت من طرف لجنة العدل والتشريع للنظر في مقتضيات هذا

---

[7] وقد كان الأستاذ علال الفاسي عضوا ومقررا عاما لهذه اللجنة الشرعية.

[8] مقتطف من مقال بعنوان "مرجعيات مدونة الحقوق العينية"، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، للدكتور محمد خيري محامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء –برلماني بمجلس النواب–، تاريخ الاطلاع: 2024/06/05.

[9] "...ولعل أكبر وسيلة لجعل مجتمعنا المغربي سعيدا، هو إقامة شريعة العدل بين أفراده وضمان حقوقهم وصيانة حرياتهم، وذلك ما يمكن من تحقيق الهدف الاجتماعي الذي جاء به الإسلام، وأقره في نظام تشريعي شامل لجميع الأسس القانونية التي تكفلت تنظيم علائق الرحمة والمودة والسلام والبر بين الناس، بعضهم من بعض، وصيانة الحقوق الخاصة للأفراد، والحقوق العامة للجماعات...".

مقتطف من الخطاب الذي ألقي بالرباط، أمام أعضاء لجنة تدوين الشرع الإسلامي، يوم السبت 24 ربيع الأول 1377هـ- 19 أكتوبر 1957م، مأخوذ من مقال بعنوان "على سنة السلف الصالح: شذرات ذهبية خالدة" منشور بمجلة دعوة الحق عدد: 106 بموقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، تاريخ الاطلاع: 2024/6/6.

[10] وقد كان من بين برنامج هذه اللجنة وضع مدونة الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية. إلا أن اللجنة لم تستكمل أعمالها لأسباب معينة وقد كان جل أعضاء اللجنة الذين عينوا بمرسوم من العلماء وهو ما يفسر اتجاه المشرع إلى الاعتماد الكلي على المذهب المالكي في وضع القواعد القانونية.

[11] مقتطف من مقال بعنوان "مرجعيات مدونة الحقوق العينية"، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، للدكتور محمد خيري محامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء – برلماني بمجلس النواب–، تاريخ الاطلاع: 2024/06/05.

القانون ومدى مطابقته لأحكام الفقه الإسلامي، فصدر الظهير الشريف رقم 1-11-91 بتاريخ 27 شعبان 1432 الموافق 29 يوليو 2011 بتنفيذ القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية وتم نشره بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، وسعيا من المشرع المغربي لتحقيق الأمنين القضائي والعقاري من خلال توحيد القواعد القانونية المطبقة على العقارات المحفظة والغير المحفظة.

ومن المستجدات التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية تنظيمها لبعض الحقوق العينية الواردة على العقار سواء المحفظ منه أو غير المحفظ، بالإضافة إلى بعض أسباب جديدة لكسب الملكية العقارية مثل؛ الحريم، وإحياء الأراضي الموات.

الفقرة الثانية: التأصيل لقواعد مدونة الحقوق العينية من المذهب المالكي:

إن بناء مدونة الحقوق العينية كما سبق الذكر كان مؤسسا ومتجذرا من فقه إسلامي محض، ولعل هذا كان مقصد المشرع من تقنينه لمدونة الحقوق العينية، ليجمع شتات قواعد قانونية كانت متفرقة في قوانين متعددة، ويوحد العمل القضائي ويوجه الاجتهاد القضائي في القضايا العقارية. وقد نجح المشرع المغربي في توحيد العمل القضائي بالمملكة من خلال وحدة المرجعية القانونية في المادة العقارية، سواء كان عقارا محفظا أو غير محفظ، إذ الأصل فقهي من مذهب مالك.

قد كان العمل سابقا في المغرب كما ذكرنا يعرف ازدواجية في القواعد القانونية مما أدى إلى اضطرابات على المستوى العملي في تنزيل مقتضيات القواعد القانونية، فتطبق مقتضيات ظهير 09 رمضان 1331 الموافق ل 12 غشت 1913م على العقارات المحفظة والأقوال من الفقه المالكي على العقارات الغير محفظة، فحصل اضطراب في غير ما مرة أدى للمس بالأمن العقاري المغربي، لذا كان من أول أهداف المشرع المغربي توحيد العمل القضائي على قواعد موحدة وقد تحقق الأمر لأول مرة بعد قرابة القرن[12] من تطبيق الازدواجية القضائية.

ثم إن التأصيل لمدونة الحقوق العينية وتأسيسها يتجاذب بين مصادر متنوعة وهي كالآتي:

- المذهب المالكي (وبعض من المذهب الحنفي).
- العرف أو العادة (ما جرى به العمل).
- العمل القضائي.
- التشريع القانوني.

ولعل هذه التفرقة في التأصيل لمدونة الحقوق العينية قد لا يحصل لها اهتمام متساو وقيمة مرجعية موحدة، فبعضها يحظى بأهمية ومكانة تشريعية أكثر من غيرها، مثل مكانة الفقه الإسلامي في تقنين مدونة الحقوق العينية فهو يطغى على غيره من المصادر التشريعية الأخرى المذكورة سابقا. ثم إن المتتبع للتقنين المغربي منذ القدم يلاحظ أن تقنين القواعد القانونية المغربية يبنى على مذهب مالكي محض، وهذا هو الحاصل في مدونة الحقوق العينية، إذ إن كل القواعد القانونية متأصلة من المذهب المالكي دون الخروج عنه إلا إلى المذهب الحنفي في حالات معدودة كما سنرى فيما سيأتي.

لم تتجاوز مدونة الحقوق العينية أحكام الفقه المالكي (باعتباره من ثوابت المملكة المغربية) في أحكامها وقواعدها لقانونية، فاستساقت قواعدها من كتب الفقه المالكي مثل: التحفة لابن عاصم وشروحها، مختصر خليل وشروحها، بالإضافة إلى أمهات المذهب من مدونة وموازية وتبصرة...إلخ، ولذلك شواهد متعددة في كتب الفقه المالكي، لذا سنعطي نماذج معدودة في سبيل التوضيح والبيان.

قاعدة "لا تجوز الهبة ممن كان الدين محيطا بماله" من المادة 278 من مدونة الحقوق العينية، ويقصد بها أن الهبة المعطاة من طرف الواهب المدين لا تجوز وهو عقد باطل (شرط أن يكون الدين محيطا بماله)، وقد جرت العادة في كتب الفقه للتعبير عن مقتضيات هذه المادة بصيغ وطرق مختلفة مثل مختصر خليل في باب بيان أحكام إحاطة الدين بمال المدين والتفليس، وفي كتاب الذخيرة لفقيه المالكي القرافي.

[12] حوالي 98 سنة من الازدواجية في القواعد القانونية المطبقة على العقارات المحفظة والعقارات الغير محفظة.

ويمكن للسلطة التنفيذية في شكل القاضي الاعتماد على الكتب الفقهية لشرح المراد ووضع حد للملابسات الواقعة في المادة القانونية باعتبار أنها المصدر فيرجع إليه حالة عدم الوضوح أو الاختلال.

ومثال آخر في هذا الصدد وهو المتعلق بشروط صحة الحيازة في القانون المغربي، فلا شك أن استيفاء هذه الشروط وتوفرها شرط لصحة الحيازة وترتيب آثار، وقد ذكرتها المادة 240 من مدونة الحقوق العينية وعددتها كالآتي:

- أن يكون واضعا يده على الملك.
- أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه.
- أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك.
- ألا ينازعه في ذلك منازع.
- أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون[13].
- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

وشروط الحيازة المذكورة أعلاه، فصل فيها الفقيه محمد بن عبد الله الخرشي المالكي في معرض شرحه لمختصر خليل في باب مراتب الشهداء، وقد زاد في التفصيل والتطرق للحالات والاستثناءات الممكن وقوعها في كل شرط، ليبين بذلك حكمها وموقف الشرع منها. وهذا بحد ذاته يعتبر شرحا لهذه القاعدة القانونية عند الالتباس وقلة الفهم.

قد ذكرنا سابقا أن مدونة الحقوق العينية تجاوزت المذهب المالكي في بعض مقتضياتها إلى المذهب الحنفي، ونسوق لذلك مثالا في المادة 222 من مدونة الحقوق العينية في باب إحياء الأراضي الموات والحريم والالتصاق والحيازة أن "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون"، وشرط الإذن مقرر في المذهب المالكي إلا أن فيه تمييز بين القريب من العامر والبعيد عنه فيشترط في القريب إذن الإمام وفي البعيد دون إذن الامام، في حين أن مذهب أبو حنيفة فلا يجوز لأحد أن يحيي أرضا إلا بإذن الإمام، لأن فيه تمليكا، فأشبه الإقطاعات، والإقطاع يتوقف على إذن الإمام، فكذلك الإحياء[14].

فالقواعد القانونية المستنبطة من الفقه المالكي تفسر وتفهم بالفقه نفسه ولا حاجة لاستثمار غيره للتطبيق والفهم السليم. ثم إن التضارب والاختلاف في تفسير النصوص الفقهية والقانونية المتعلقة بالعقار من طرف القضاء والذي كان مرده عدم وجود نصوص تشريعية مكتوبة بالمرة في العقار غير المحفظ أو غموض النصوص القانونية المتصلة بالعقار المحفظ وتنوعها واختلافها في ذات النوازل، كان له أثر كبير على الأمن القانوني والقضائي[15].

[13] وبالرجوع للمادة 250 من مدونة الحقوق العينية، فآجال الحيازة بين الأجانب هي عشر سنوات مع شروط وجب توفرها، وهي منصوص عليها في كتب الفقه المالكي مثل كتاب حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، في باب شروط صحة الملك بالشهادة.

[14] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، مطبعة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية لسنة: 1416 هـ - 1995 م، (ص: 111).

[15] مقال بعنوان "دور المرتكزات الأساسية لمدونة الحقوق العينية في ضمان الأمن القانوني والقضائي العقاري"، للدكتور محمد الهيني، مستشار بالمحكمة الإدارية بالرباط، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، بتاريخ 11 دجنبر 2023.

المبحث الثاني: المرجعية التكميلية لمدونة الحقوق العينية.

أرشدت مدونة الحقوق العينية الاجتهاد القضائي، ووجّهت القضاة والمهتمين بها إلى مصادر تكميلية يُرجع إليها عند وجود فراغ تشريعي. وقد جاءت هذه الإحالة على مستويين: أولهما قانون الالتزامات والعقود كمصدر أول، وثانيهما الأقوال الراجحة والمشهورة وما جرى به العمل في الفقه المالكي كمصدر ثان. وعليه، سيتم تناول فلسفة هذه الإحالة من خلال دراسة الإحالة على قانون الالتزامات والعقود (الفقرة الأولى)، ثم الإحالة على الفقه المالكي (الفقرة الثانية).

كما تجدر الإشارة إلى أن الحديث عن الإحالة التشريعية في مدونة الحقوق العينية لا يروم الانتصار لاتجاه دون آخر، إذ يلاحظ وجود تباين في مواقف الباحثين؛ فأنصار المرجعية القانونية ينتقدون إدراج الأقوال الفقهية ضمن مصادر المدونة، في حين يرى أنصار المرجعية الفقهية أن المشرع المغربي قدّم قانون الالتزامات والعقود على الفقه المالكي، مما يثير تساؤلات منهجية.

الفقرة الأولى: الإحالة على قانون الالتزامات والعقود في مدونة الحقوق العينية:

جاءت الإحالة التشريعية في مدونة الحقوق العينية على رتبتين اثنتين أولهما قانون الالتزامات والعقود بمرتبة أولى ثم تليه الأقوال من الفقه المالكي، ويرى بعض الباحثين[16] في هذا الصدد أن المرجعية القانونية لمدونة الحقوق العينية على أربعة مراتب. "فقد أخضعت مدونة الحقوق العينية المنازعات العقارية لنصوصها (أي القواعد القانونية في المدونة) بالدرجة الأولى، ثم التشريعات الخاصة الأخرى، في الدرجة الثانية، ثم نصوص قانون الالتزامات والعقود، في الدرجة الثالثة، ثم المبادئ والقواعد المقررة في الراجح والمشهور وما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك في الدرجة الرابعة".

إلا أن الاتفاق قد لا يحصل مع هذا الطرح، إذ فيه خلط بين الاستثناء من القاعدة القانونية والإحالة القانونية حال الفراغ التشريعي، إذ إن تعبير المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية جاء على الشكل الآتي:

"تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1333هـ (12أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون. فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

والاستثناء هو الذي أشار إليه المشرع أولا أنه إذا تعارضت قواعد مدونة الحقوق العينية مع تشريعات خاصة. فبمفهوم المخالفة تطبق أحكام التشريعات والقوانين الخاصة إذا تعارضت مع مقتضيات مدونة الحقوق العينية.

فما المقصود بالتشريعات الخاصة بالعقار من وجهة نظر المشرع؟

إن النصوص التشريعية الخاصة المذكورة في المادة أعلاه لم تترك مطلقة بل قيدها المشرع المغربي بتلك المتعلقة بالعقار، ونذكر بعضها على سبيل المثال؛ القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز كما تم تعديله بالقانون رقم 107.12، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، والقانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، بالإضافة إلى القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية كما تم تعديله بالقانون رقم106.12...إلخ.

فإن حصل تعارض بين مقتضيات مدونة الحقوق العينية مع قواعد قانونية خاصة بالعقار، أعطيت أسبقية تنفيذ الأحكام للقواعد القانونية الخاصة على أحكام مدونة الحقوق العينية، وقد حصل التعارض المذكور في غير ما مرة وسبقت أحكام القواعد القانونية الخاصة بالعقار في التطبيق، بيد أنه قد يحصل تنزيل تشريعي خاطئ في غير مكانه ونذكر على سبيل المثال؛ توثيق عقد الوصية المتعلق بعقار، فالقاعدة العامة في

[16] محمد القدوري، في مؤلفه قانون مدونة الحقوق العينية: قراءة في الأصول والمرجعيات، مقال منشور ضمن مجلة المنبر القانوني، العدد 7-8- 2015، الصفحة: 20.

توثيق العقود العقارية[17] كما هو معلوم خاضعة لمقتضيات المادة الرابعة[18] من مدونة الحقوق العينية (أي في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ)، إلا أن المادة 296 من مدونة الأسرة أقرت أنه "يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه".

فهذا الاستثناء اتخذه بعض الباحثين بكونه استثناء من القاعدة، فاعتبروا بذلك مدونة الأسرة قانونا خاصا، وهذا في نظرنا غير صحيح إذ مدونة الأسرة لا تعتبر ولا تدخل ضمن خانة "تشريعات خاصة بالعقار" كما هو منصوص عليه بصريح المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية، وما عليه العمل الآن أمام المحاكم هو اعتبار مدونة الأسرة تشريعا خاصا بالعقار وبذلك جواز توثيق عقد الوصية على عقار في محرر عرفي يوثقه الموصي بخط يده فأصبح هذا الأمر يمس بالأمن العقاري المغربي.

ومن المتعارف عليه في الساحة القانونية والقضائية ببلدنا، أن قانون الالتزامات والعقود يعتبر الشريعة العامة لباقي القوانين، ذلك أن القاضي في حال لم تسعفه القوانين الخاصة في إيجاد الحل القانوني الملائم يمكنه الركن إليه لإيجاد الحل المناسب، وتماشيا مع ذلك فإن القاضي سواء قبل صدور المدونة أو بعده حينما يتعلق الأمر بعقارات محفظة أو عادية يمكنه – إذا لم تلبي غايته نصوص المدونة – أو القواعد المنصوص عليها في القوانين الخاصة إن وجدت، الالتفات إلى القواعد العامة المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، خاصة وأنه تعرض للعديد من الموضوعات التي لها ارتباط بالحقوق العينية العقارية[19].

وكذلك الحال بالنسبة لمدونة الحقوق العينية فالإحالة فيها واضحة على قانون الالتزامات والعقود حيث جاء في المادة الأولى منها أنه "تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1333هـ (12أغسطس 1913)، بمثابة قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون"، فاعتبرت هذه الإحالة القانونية بمثابة مرجعية تشريعية أولى حال الفراغ التشريعي في مدونة الحقوق العينية.

ولعل قانون الالتزامات والعقود الذي هو بمثابة القانون المدني المغربي نظم في ثناياه وشمل في مضامينه عدة مجالات قانونية؛ كالميدان التجاري والعقاري والأسري...إلخ، وقد أشيد على أولوية رتبة قانون الالتزامات والعقود في مدونة الحقوق العينية فهو يعد الشريعة العامة التي تحكم سائر المعاملات والمسائل المدنية غير المحكومة بنص خاص، وكذلك باعتباره مصدرا مكملا عندما يكون القاضي في حاجة للحكم في النصوص القانونية الخاصة.

أما علاقة مدونة الحقوق العينية بقانون الالتزامات والعقود فهي علاقة بناء وتكامل، فقبل صدور مدونة الحقوق العينية، كانت العقارات خاضعة في المجمل سواء محفظة أو غير محفظة لقانون الالتزامات والعقود لمكانته في الترسانة القانونية المغربية، فنظمت في ثناياه عدة قواعد قانونية تتعلق بالعقار والحقوق العينية الواردة عليه، نذكر بعضها بخصوص أسباب كسب الملكية؛ كالشفعة والقسمة والتي سبق لقانون الالتزامات والعقود تنظيمهما فقد عدل المشرع المغربي عن بعض أحكامها وبقي متشبثا بالبعض الآخر.

---

[17] قبل صدور المدونة حيث نص الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون"، وهو ما يفهم منه أن التصرفات التي محلها عقار يكون لزما إفراغها في شكلية الكتابة حتى تكون نافذة ومقبولة، وتحقيقا للأمن القانوني واستقرار المعاملات نص المشرع في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية والتي عدلت بموجب قانون 69.16.

[18] المادة 4 من مدونة الحقوق العينية:

"يجب أن تحرر– تحت طائلة البطلان – جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خالف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته. تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

[19] مقال بعنوان "المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية، قانون رقم "39.08، لهشام ناشي، منشور بمكتبة أكاديميا العربية، تاريخ الاطلاع: 2024/06/11، الصفحة: 3.

ونذكر على سبيل المثال بعضا من مسائل الشفعة، إذ يجوز الأخذ بالشفعة طبقا لمقتضيات المادة 302 من مدونة الحقوق العينية والتي جاءت كالآتي "إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخدها بالشفعة"، فمفهوم المادة أن البيوع الجبرية ليست محلا لممارسة حق الشفعة.

وبالمقارنة مع قانون الالتزامات والعقود في الفصل 974 أنه " إذا باع أحد المالكين على الشياع أجنبي حصته الشائعة، جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم، في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات إذا باع أحد المالكين على الشياع لأجنبي حصته الشائعة، جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم، في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع. ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة"، فالفصل الذي عرف نوع التصرف الذي يبيح طلب حق الشفعة لم يذكر نوع البيع فسواء كانت بيوع رضائية أو جبرية دون تفصيل، فأجيز بذلك الأخذ بالشفعة في البيع الرضائي أو القضائي، بالإضافة إلى أن المادة عرفت محل الشفعة في عقود البيع فقط دون إجمالها بلفظ "عقود المعاوضات".

وفي مجمل الأمر يمكن القول إن قانون الالتزامات والعقود قد نظم بعض أحكام مدونة الحقوق العينية أو أغلبها قبل صدور المدونة، لكن باعتبار شمولية هذا الظهير لمجالات قانونية مختلفة، لم يكن دقيقا أو مفصلا في المعاملات العقارية قدر صنيع مدونة الحقوق العينية، فيعتبر بذلك أنه وضع القواعد الأساسية واللبنة الأولى للتقنين، وترك التفصيل والاستثناء والتقييد لمدونة الحقوق العينية.

ثم من الناحية العملية فإحالة المشرع المغربي على قانون الالتزامات والعقود أولا، لم يكن خطأ منهجيا أو سبق لما وجب تأخيره، بل إن قانون الالتزامات والعقود يعد الشريعة للقوانين والمعاملات الأساسيين بالترسانة القانونية المغربية، ولا يمكن الحديث عن إنشاء عقود أو التزامات شخصية أو عقدية بمبعد عن هذا الظهير الشريف، بل الأبعد من ذلك ينظم مسائل في الالتزام وانتهائه في العقود سواء كانت شخصية أو عينية.

الفقرة الثانية: الإحالة على المذهب المالكي في مدونة الحقوق العينية:

إن الإحالة على المذهب المالكي في التشريع المغربي لا ينفك عن كونه مبدأ من مبادئ التقنين في المملكة المغربية، وهو بذلك يستمد قوته من البناء التاريخي للمملكة، إذ لطالما كان الفقه الإسلامي عموما –والفقه المالكي خصوصا– من ثوابت وركائز المملكة. فكل قانون قائم بذاته ومنظم لأحوال والمعاملات بين الناس إلا ويجد له تأصيلا وإحالة على الفقه المالكي، مثل صنيع مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف وعلى ذات النهج سارت مدونة الحقوق العينية.

وكما رأينا سابقا فمدونة الحقوق العينية في تنظيمها وتقنينها أصالة اعتمدت فقها مالكيا وتتبعت أحكامه وقواعده الفقهية، مثل قواعد الترجيح بين البينات المذكورة في مدونة الحقوق العينية، بالمادة الثالثة منها في مسائل الحيازة عند تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه أنذاك يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة وهي كالآتي:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه.
- تقديم بينة الملك على بينة الحوز.
- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد.
- تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب.
- تقديم بينة الإثبات على بينة النفي.
- تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها.
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد.
- تقدم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة.
- تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا.

- تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال.

فتثبيت قواعد الترجيح في مدونة الحقوق العينية يحمل معنيين اثنين، أولهما يتعلق بكون هذه المدونة مستنبطة من الفقه الإسلامي، بحيث أخذت وتبنت قواعده دون زيادة، بالإضافة إلى المعنى الثاني والذي له علاقة بالفقه المالكي؛ وهو حاجة المدونة لتفاسير فقهية، فالقاضي المقلد المكلف بالبث في النوازل العقارية المعروضة أمامه وجب عليه فهم لتلك المواد القانونية، ولا يحصل هذا الفهم إلا بالرجوع للمصادر الأصلية المفسرة لها، فيحال القاضي أو المحامي أو المعني بالأمر عموما بطريقة غير مباشرة إلى الشروحات الفقهية والمختصرات الميسرة لعملية الفهم والتنزيل السليم.

وإن كانت هذه القواعد المذكورة أعلاه مقررة بصريح عبارات مدونة الحقوق العينية، فهذا لا ينكر اعتماد مدونة الحقوق العينية وتأسيسها على القواعد الفقهية، ونذكر على سبيل المثال؛ قاعد لا ضرر ولا ضرار، فهي قاعدة تجد لها أساسا في الفقه الإسلامي، وقد بنت عليها مدونة الحقوق العينية وغيرها من القوانين الأخرى قواعد قانونية.

فمن تطبيقات هذه القواعد في مدونة الحقوق العينية نجد المادة تنص على ما يلي: "إذا تعلق حق الغير بعقار، فلا يسوغ لمالكه أن يتصرف فيه تصرفا ضارا بصاحب الحق". هذه المادة تحيل على تطبيق قاعدة لا ضرر ولا ضرار، وهي من أمهات القواعد، في الفقه المالكي والدين الإسلامي. فنجد أن المشرع استمد قاعدة الأخذ بأخف الضرر والضرر يزال ولا ضرر ولا ضرار في تنظيم المعاملات العقارية وفي الارتفاقات بشكل خاص سيرا على نهج المذهب المالكي [20].

والأمر نفسه هو الحاصل بخصوص المصطلحات المستعملة في مدونة الحقوق العينية فأصلها فقهي وليس قانونيا، ثم إن بعضها خاص بالمالكية، ونذكر في هذا الصدد مصطلح "الاعتصار"، فهو مصطلح مالكي محض ولا وجود له عند المذاهب الأخرى بهذا اللقب[21]، ومن ذلك أيضا مصطلحات فقهية متعددة وجب على الدارس والباحث الرجوع لكتب الفقه (لا كتب القانون المعاصرة) لفهم المراد منها، مثل: الشفعة، إحياء الأراضي الموات، الحريم، المغارسة...إلخ.

بالإضافة إلى فهم قواعد الترجيح المستنبطة في الفقه الإسلامي والمصطلحات المستعملة، فقد تبنت مدونة الحقوق العينية مفاهيم فقهية من فقهاء المالكية، ومن ذلك مفهوم عقدي العمرى والهبة.

فالهبة في مدونة الحقوق العينية عرفت بكونها "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"[22]، وقد عرفها ابن عرفة بكونها "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"[23]، فالتعريف الوارد في مدونة الحقوق العينية مسوغ ومستنبط من تعريف الامام ابن عرفة المالكي كما هو واضح.

ثم الأمر نفسه في تعريف عقد العمرى، فقد عرفها الامام ابن عرفة بكونها "تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء"[24]، وبنت على ذلك مدونة الحقوق العينية تعريفها لعقد العمرى في المادة 105 منها بكونها "العمرى حق عيني قوامه تمليك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطي أو لمدة معلومة".

---

[20] الأصول الشرعية والقانونية لمدونة الحقوق العينية، لحسن السايحي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بجامعة الحسن الأول لمختبر البحث "قانون الأعمال"، بتاريخ 17 أغسطس 2020.

[21] ويسمى الاعتصار عند المذاهب الأخرى ارتجاع الهبة.

[22] المادة 273 من مدونة الحقوق العينية.

[23] شرح حدود ابن عرفة، للرصاع التونسي المالكي، طبعة المكتبة العلمية، الطبعة الأولى لسنة 1350هـ، (ص: 421).

[24] شرح حدود ابن عرفة، للرصاع، (ص: 419).

كل هذه الأمثلة السالفة الذكر تبين مدى أهمية الرجوع للفقه المالكي لشرح ألفاظ وقواعد مدونة الحقوق العينية. بالإضافة إلى الإحالة على الأقوال الراجحة والمشهورة والتي جرى بها العمل من المذهب المالكي فيما لم يرد به نص في مدونة الحقوق العينية.

وقد أعاب بعض الباحثين في موضوع الإحالة المتأخرة في كل من مدونة الأوقاف ومدونة الأسرة تأخيره الإحالة على المذهب المالكي (مثل المادة 400 من مدونة الأسرة)، في حين يرى البعض الآخر أن تأخير الإحالة من صميم ختام القواعد القانونية للمدونة وعلى من لم يجد في كل ما سلف ما يحكم نازلته الرجوع للمذهب المالكي. إلا أنه لا ضير في التقديم ولا التأخير مادام قد نص على الرجوع للفقه المالكي في قاعدة قانونية آمرة، فالتقديم من قبيل التأسيس والبناء للشيء بينما التأخير والتأجيل للشمولية واختتام الأمر.

فبعد مرور اثني عشرة سنة من تطبيق مقتضيات مدونة الحقوق العينية، نلاحظ اعتمادها حالة عدم ورود نص تشريعي في مدونة الحقوق العينية على القول الراجح أو المشهور أو الذي جرى به العمل من المذهب المالكي في المسألة في اجتهادات قضائية متعددة، فما المقصود بالقول الراجح والمشهور والذي جرى به العمل؟

أما القول الراجح فهو الراجح هو ما قوي دليله[25]، أي هو القول الذي يتأسس على دليل شرعي قوي، فهذا هو القول الراجح.

والقول المشهور هو ما كثر قائله، بغض النظر عن رجحانه أو عدم رجحانه[26]، ويقصد به ما كثر قائله من فقهاء المذهب المالكي.

أما القول الذي جرى به العمل فهو مما اختص به مالكية المغرب دون المشرق، ويقصد به " الأخذ بقول ضعيف أو شاذ في مقابل الراجح أو المشهور، لمصلحة أو ضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس"[27].

ويمكن للقاضي في معرض بثه في النازلة الأخذ بالقول الراجح أو المشهور أو الذي جرى به العمل حسب ما تقتضيه الحيثيات، ومنه ما ورد في قرار محكمة النقض أن "المقرر أن الشفعة بين الشركاء هي على الأنصباء كما لخليل في المختصر: "وهي على الأنصباء، وتُرك للشريك حصته"[28]، فاستشهدوا في هذا القرار المتعلق بالشفعة بقول الشيخ خليل في مختصره.

ثم القرار الصادر عن محكمة النقض بخصوص الصدقة لمن أحاط الدين بماله فورد فيه أنه "لا تصح الصدقة ممن أحاط الدين بماله، كما هو منصوص عليه فقها لقول ابن عاصم: صدقة تجوز إلا مع مرض موت وبالدين المحيط تعترض"[29]، واعتمدت بذلك على قول ابن العاصم في تحفته.

فالاجتهاد القضائي في المادة العقارية لا يتجاوز أقوال المذهب المالكي، ليستشهد بها في قراراته ومعللا قراره بأقوال المذهب المالكي من مؤلفاته المشهورة، مثل: التحفة ابن عاصم ومختصر خليل، واللامية...إلخ.

---

[25] التبصرة للخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بقطر، (مقدمة/ 24).

[26] التنبيه على مبادئ التوجيه – قسم العبادات، التنوخي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، مطبعة: دار ابن حزم، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1428 هـ – 2007 م (1/ 161).

[27] أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض الصفحة: 513.

[28] قرار محكمة النقض، رقم28/2، الصادر بتاريخ 24 يناير2023، ملف عقاري رقم2917/1/4/2019، منشور بالموقع الالكتروني لمحكمة النقض، تاريخ الاطلاع 2024/06/10.

[29] قرار محكمة النقض رقم 145، الصادر بتاريخ 14 مارس 2023، في الملف الشرعي رقم: 2019/1/2/439، منشور بالموقع الالكتروني لمحكمة النقض، تاريخ الاطلاع 2024/06/10.

خاتمة:

تُمثل مدونة الحقوق العينية ثمرةَ جهود تشريعية مهمة، أسهمت في إرساء دعائم الاستقرار العقاري بالمغرب، من خلال منظومة قانونية متكاملة تروم ترسيخ مبادئ العدالة والإنصاف. فقد ساهمت هذه المدونة في توحيد القواعد المطبقة على العقارات، وفي تحقيق قدر من التوازن بين الحقوق الفردية والمصلحة العامة، كما وفرت إطارًا قانونيًا أكثر أمنًا للمعاملات العقارية، بما ينعكس إيجابًا على تشجيع الاستثمار في هذا المجال.

وفي الختام، يمكن القول إن مدونة الحقوق العينية شكلت خطوة حاسمة نحو إنهاء الازدواجية التشريعية التي كانت تحكم العقارات بالمغرب، وهو ما عزز توحيد العمل القضائي وساهم في دعم الأمن العقاري. غير أن تنزيل مقتضيات هذه المدونة في الواقع العملي لا يزال يثير بعض الصعوبات، لعل من أبرزها إشكالية المرجعية التكميلية للمدونة، وما قد يترتب عنها أحيانًا من اضطراب في العمل القضائي، بسبب تعدد المرجعيات التي قد يرجع إليها القاضي عند الفراغ التشريعي، خاصة في ظل تعقد البنية العقارية بالمغرب وتنوع أنظمتها.

كما أن الأهداف التي سعت إليها المدونة، والمتمثلة في توحيد القواعد القانونية، وتحقيق الأمن العقاري، وتيسير المعاملات، وحماية الحقوق، تظل رهينة بحسن تنزيل مقتضياتها وتفسيرها تفسيرًا سليمًا. ومن ثم، فإن تحقيق النجاعة العملية للمدونة يقتضي تعزيز التكوين المتخصص لفائدة القضاة والمحامين والمهنيين، سواء في مجال القواعد الفقهية المالكية ذات الصلة، أو في مجال تفسير النصوص القانونية وتطبيقها، بما يضمن حسن توظيف المرجعية الفقهية والقانونية معًا، ويؤدي إلى تطبيق أكثر دقة وعدلًا لمقتضيات المدونة باعتبار أن قاضي القرن 21 يعد مقلدا لا مجتهدا.

المصادر والمراجع:

- شرح حدود ابن عرفة، للرصاع التونسي المالكي، طبعة المكتبة العلمية، الطبعة الأولى لسنة 1350هـ.
- التبصرة للخمي، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بقطر.
- التنبيه على مبادئ التوجيه – قسم العبادات، التنوخي، تحقيق: الدكتور محمد بلحسان، مطبعة: دار ابن حزم، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، 1428 هـ - 2007 م.
- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض.
- الأزهار العاطرة الأنفاس بذكر بعض محاسن قطب المغرب وتاج مدينة فاس، الطبعة الحجرية، مطبعة اوستن Austin سنة 1994.
- تاريخ تعريب المغرب الأقصى، لوليد الشاوش، من المكتبة الالكترونية الشاملة الذهبية.
- مجلة دعوة الحق (1382) (6/ 46)، الطبعة لسنة: 1376 هـ - 1957 م، الناشر: وزارة عموم الأوقاف - الرباط - المغرب.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، مطبعة دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، الطبعة الثانية لسنة: 1416 هـ - 1995 م.
- مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في رد إباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، للقاضي أبي العباس أحمد الشماع الهنتاتي (ت 833 هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الخالق أحمدون.
- مقال بعنوان "على سنة السلف الصالح: شذرات ذهبية خالدة" منشور بمجلة دعوة الحق عدد: 106 بموقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية.
- مقال بعنوان "مرجعيات مدونة الحقوق العينية"، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، للدكتور محمد خيري محامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء –برلماني بمجلس النواب.
- مقال بعنوان "مرجعيات مدونة الحقوق العينية"، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، للدكتور محمد خيري محامي بهيئة المحامين بالدار البيضاء –برلماني بمجلس النواب–.
- مقال بعنوان "دور المرتكزات الأساسية لمدونة الحقوق العينية في ضمان الأمن القانوني والقضائي العقاري"، للدكتور محمد الهيني، مستشار بالمحكمة الإدارية بالرباط، منشور بمجلة فضاء المعرفة القانونية، بتاريخ 11 دجنبر 2023.
- قانون مدونة الحقوق العينية: قراءة في الأصول والمرجعيات، لمحمد القدوري، مقال منشور ضمن مجلة المنبر القانوني، العدد 7-8- 2015.
- مقال بعنوان "المرجعية التشريعية لمدونة الحقوق العينية، قانون رقم "39.08، لهشام ناشي، منشور بمكتبة أكاديميا العربية.
- الأصول الشرعية والقانونية لمدونة الحقوق العينية، لحسن السايحي، مقال منشور بمجلة القانون والأعمال الدولية، بجامعة الحسن الأول لمختبر البحث "قانون الأعمال"، بتاريخ 17 أغسطس 2020.
- قرارات محكمة النقض من الموقع الرسمي لمحكمة النقض.